

La corretta applicazione del computo del cd. “fattore di correzione” secondo l’Adunanza plenaria.

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 10-9-2018

1. L’articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016 (‘Codice dei contratti pubblici’) si interpreta nel senso che la locuzione “offerte ammesse” (al netto del c.d. ‘taglio delle ali’), da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi, e la locuzione “concorrenti ammessi”, da prendere in considerazione al fine dell’applicazione del fattore di correzione, fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti.

2. Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. ‘taglio delle ali’.

Guida alla lettura

Con ordinanza 8 giugno 2018, n. 3472, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato aveva rimesso all’Adunanza plenaria, ex art. 99 c.p.a., la questione relativa alla corretta interpretazione dell’art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui richiama i “concorrenti ammessi” (secondo alinea della lett. b) per il computo del c.d. “fattore di correzione”, al fine di stabilire se vi rientrano anche i concorrenti le cui offerte sono state escluse dal punto di vista aritmetico per il calcolo del c.d. taglio delle ali.

A seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (recante ‘*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*’), il comma 2 dell’articolo 97 del Codice (articolo rubricato ‘*Offerte anormalmente basse*’) stabilisce che: “Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: (...)”

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all’unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti

ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra”.

Secondo un primo orientamento, le due parti di cui si compone la disposizione in esame dovrebbero essere interpretate ed applicate secondo un criterio di carattere – per così dire – ‘dissociativo’.

In base a tale opzione interpretativa, il Legislatore avrebbe consapevolmente tenuto distinte: i) (da un lato) la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata previo il ‘taglio delle ali’) e ii) dall’altro, la platea dei concorrenti da prendere in considerazione al fine della determinazione del c.d. ‘fattore di correzione’ (platea che andrebbe identificata con l’intero novero dei concorrenti ammessi, senza ‘taglio delle ali’).

In base a un opposto orientamento, , invece, la disposizione di cui trattasi dovrebbe essere intesa secondo un criterio di carattere – per così dire – ‘associativo’.

Secondo tale opzione la locuzione ‘offerte ammesse’ (al netto del ‘taglio delle ali’) di cui alla prima parte del comma 2, lettera b) e la locuzione ‘concorrenti ammessi’ di cui alla seconda parte della disposizione farebbero riferimento a platee omogenee (ambidue da individuare previo il ‘taglio delle ali’).

L’Adunanza plenaria ritiene che prevalenti ragioni inducano a propendere per la seconda delle richiamate opzioni, peraltro ad oggi del tutto prevalente nella giurisprudenza di appello.

Elementi di carattere teleologico e sistematico militano nel senso di “[ritenere] corretta l’interpretazione secondo cui la previa esclusione (c.d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media”.

Anzitutto, non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte.

In modo parimenti condivisibile si è escluso che il Legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all’opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi.

Inoltre, ragioni di coerenza sistematica fanno ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del ‘taglio delle ali’ è tale da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico ed aritmetico della determinazione della soglia di anomalia. Ne consegue che un metodo di calcolo il quale prendesse in considerazione tale presunzione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio, in quanto utilizzerebbe due giudizi di valore giuridico tra loro antitetici e incompatibili e, dunque, comprometterebbe la stessa ragion d’essere del primo accantonamento, peraltro indubitabilmente voluta dalla legge.

In tal senso depongono anche elementi testuali di portata dirimente.

L'omogeneo riferimento ad offerte e concorrenti "ammessi" sta a significare che in entrambi i casi il sintagma si riferisce a una platea parimenti omogenea (determinata all'esito del 'taglio delle ali').

Ed infatti, la circostanza secondo cui la disposizione fa riferimento in ambo i casi ad offerte 'ammesse' non esclude (ma anzi, rafforza) l'esigenza di coerenza interna volta ad assicurare che in entrambi i casi si faccia riferimento a una platea di carattere omogeneo.

Per ragioni del tutto analoghe, il fatto che le due parti della disposizione facciano riferimento ad operazioni distinte (la determinazione di una media nel primo caso e di una sommatoria nel secondo) non indebolisce in alcun modo – ma semmai rafforza - l'esigenza per cui i termini di computo siano assunti in modo omogeneo per ciascuna delle due operazioni.

D'altronde, l'esigenza di non predeterminabilità della soglia di anomalia è soddisfatta attraverso la scelta di demandare al sorteggio l'individuazione del criterio determinativo della stessa^[1].

[1] La sentenza si segnala anche perché conferma il principio già affermato dall'Adunanza plenaria con sentenza 4 novembre 2016, n. 23. Si afferma, infatti, che non è ammissibile l'intervento volontario di chi ha un interesse "diretto" alla definizione della questione di diritto demandata all'Adunanza plenaria nel senso che, laddove la questione interpretativa dell'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016 si risolvesse in adesione alla tesi prospettata dall'ordinanza di rimessione, ciò consentirebbe all'interveniente di risultare vittoriosa nell'ambito di un giudizio instaurato *inter alios*.

Infatti, la proposta domanda di intervento non è riconducibile ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall'articolo 28 c.p.a., nonché - per il grado di appello – dall'articolo 97 (ci si riferisce, in particolare: i) all'intervento volontario del controinteressato pretermesso - parte necessaria del processo non evocata in giudizio -; ii) all'intervento volontario della parte eventuale del processo - *ad adiuvandum* o *ad opponendum* -; iii) all'intervento per ordine del Giudice, anche su istanza di parte).

In particolare, non sembra che possa essere sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale.

Osta infatti in modo radicale a tale riconoscimento l'obiettivo diversità di *petitum* e *di causa petendi* che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.

Invero, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocedurale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, *in toto* scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

Non a caso, del resto, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853; Id., Sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10 di A.P. del 2018, proposto da:
Rock And River S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierlorenzo Boccanera, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Claudio Lucisano in Roma, via Crescenzo, 91

contro

Anas S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Ricchetti, Marina Persichetti e Alessandro Tabarini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Tabarini in Giustizia - PEC Registri;
Ati Preve Costruzioni S.p.A - Ciabocco S.r.l. non costituita in giudizio

e con l'intervento di

ad opponendum:

De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l., Consorzio Stabile Athanor S.c.a.r.l., De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l., Consorzio Stabile Athanor S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Nicolai, 29

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria
(Sezione Prima) n. 72/2018***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Pierlorenzo Boccanera, l'avvocato Alessandro Tabarini e l'avvocato Isabella Loiodice per delega dell'avvocato Aldo Loiodice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Come puntualmente rilevato dall'ordinanza collegiale 8 giugno 2018 n. 3472, il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, Sezione I, con l'appellata sentenza 26 gennaio 2018, n. 72, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'attuale parte appellante Rock and River s.r.l., per l'annullamento (per quanto riguarda il ricorso introduttivo):

- della determinazione di ANAS s.p.a. di approvazione dell'aggiudicazione della gara PSL 06/17 del 15 giugno 2017 (nota Prot. CDG 310945). L'aggiudicazione riguarda la procedura aperta accelerata indetta da ANAS s.p.a. per la realizzazione di alcuni lavori di ripristino viario conseguenti al sisma del 30 novembre 2016;
- della comunicazione di ANAS s.p.a. ai sensi dell'articolo 76 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in data 15 giugno 2017 (nota prot. CDG 311677 P);
- della comunicazione di ANAS s.p.a. relativa alle offerte anomale (prot. 311882 del 16 giugno 2017);
- della comunicazione di ANAS s.p.a. relativa alla stipula del contratto (nota prot. 327834 del 23 giugno 2017);
- della comunicazione di ANAS s.p.a. Prot.328752 del 26 giugno 2017;

- del “*Calcolo Offerta anomala*” trasmesso in data 13 luglio 2017 in sede di accesso agli atti;
- del verbale n. 1 della seduta pubblica (rep. 8393);
- del verbale n. 2 della seduta pubblica (rep. 8409);
- del verbale di aggiudicazione provvisoria (cod. 33125) di ANAS s.p.a. - Direzione Generale di Roma, con cui venivano formate le graduatorie e l'appalto veniva assegnato all'A.T.I. Preve Costruzioni - Ciabocco e veniva altresì data comunicazione della stipula del contratto;

Con successivi motivi aggiunti la Rock and River ha impugnato e chiesto l'annullamento:

- della nota di ANAS s.p.a. prot. CDG-0371928 del 17 luglio 2017.

Il primo Giudice ha rilevato sinteticamente che:

- secondo parte ricorrente, la stazione appaltante avrebbe erroneamente proceduto a redigere una doppia media: *“la prima rappresentata dalla sommatoria di tutti i ribassi percentuali delle 72 offerte presentate, indicando tale valore in 2.086,17 in prospettiva evidentemente di individuare la natura (pari dispari o zero del primo numero dopo la virgola); la seconda prendendo, evidentemente, la sommatoria delle 42 offerte al netto del taglio delle ali (1.243,442) dividendolo per 42 (72-20% delle offerte estreme - c.d. “ali” - arrotondate alla unità superiore)”* e ciò avrebbe determinato una soglia di anomalia pari al 29,31 per cento;
- nella fattispecie, il metodo sorteggiato dal seggio di gara per la determinazione della soglia di anomalia è quello di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- coerentemente al suesposto dettato normativo, la soglia di anomalia è stata quindi individuata nella media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (c.d. ‘taglio delle ali’), la quale è stata correttamente decurtata, percentualmente, di un valore pari alla prima cifra decimale, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai ricorrenti ammessi, senza tener conto del taglio delle ali, essendo tale cifra risultata dispari;
- non può, infine, essere accolta la censura secondo cui ANAS s.p.a. avrebbe dovuto avvalersi, in forza delle deroghe legislative previste dalla normativa conseguente al sisma del 30 novembre 2016, di una delle imprese del cratere del sisma, non risultando alcuna disposizione normativa che imponga alla stazione appaltante di procedere in tal senso.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Rock and River la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- *Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 comma 2, lett b), d.lgs. n. 50-2016 e delle “direttive” ANAC del 5.10.2016; violazione del principio di selezione della migliore offerta in*

tema di gare pubbliche, travisamento e sviamento contraddittorietà ed illogicità, violazione di legge ed eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della p.a., violazione della "lex specialis" di gara, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, nonché per la violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche.

Con l'appello in esame la Rock and River ha chiesto l'integrale riforma della sentenza di primo grado.

Si è costituita in giudizio l'ANAS la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza collegiale n. 3472/2018 (resa all'esito della camera di consiglio del 17 maggio 2018) la Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato, rilevato un contrasto in giurisprudenza circa un profilo di diritto decisivo ai fini della definizione della controversia, ha sospeso il giudizio e ha rimesso la questione a questa Adunanza plenaria (articolo 99 del cod. proc. amm.).

In particolare è stata demandata a questa Adunanza plenaria la questione relativa alla corretta interpretazione dell'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n 50 del 2016 con specifico riguardo alla nozione di "concorrenti ammessi".

A seguito dell'ordinanza di rimessione si è costituito in giudizio il raggruppamento temporaneo De Grecis (con il Consorzio Stabile Athanor s.c.a.r.l.) il quale, premesso di non essere parte in causa nel presente giudizio ma di avere un interesse diretto alla definizione della medesima *quaestio iuris* demandata a questa Adunanza plenaria, ha spiegato atto di intervento in giudizio aderendo alla soluzione prospettata nell'ambito dell'ordinanza di rimessione.

In particolare, l'interveniente De Grecis ha rappresentato che la soluzione alla questione sollevata dalla Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato ha incidenza sugli esiti di una gara in corso presso il Comune di Bari, nell'ambito della quale l'interveniente è allo stato collocata al primo posto della graduatoria.

Alla pubblica udienza del giorno 11 luglio 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione dell'Adunanza plenaria il ricorso in appello proposto dalla Rock and River s.r.l., attiva nel settore dei lavori (la quale aveva partecipato alla procedura aperta accelerata indetta dall'ANAS per la realizzazione di alcuni lavori di ripristino viario conseguenti al sisma del 30 novembre 2016) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la gara in parola, a seguito della determinazione della soglia di anomalia è stata aggiudicata all'A.T.I. Preve (prima offerta non anomala)

2. L'intervento volontario del R.T.I. De Grecis Cos.E.Ma. Verde s.r.l. con il Consorzio Stabile Athanor s.c.a.r.l. è inammissibile.

2.1. Come si è anticipato in narrativa l'interveniente, dopo aver premesso di non essere parte in causa nel presente giudizio, ha rappresentato di avere comunque un interesse diretto alla definizione della questione di diritto demandata a questa Adunanza plenaria. Ciò in quanto, laddove questo consesso risolvesse la questione interpretativa dell'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016 in adesione alla tesi prospettata dall'ordinanza di rimessione, ciò consentirebbe all'interveniente di risultare vittoriosa nell'ambito di un giudizio instaurato *inter alios*.

2.2. Al riguardo il Collegio osserva in primo luogo (e conformemente a quanto già affermato con la sentenza di questa Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23) che la proposta domanda di intervento non è riconducibile ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall'articolo 28 del cod. proc. amm., nonché - per il grado di appello - dall'articolo 97 (ci si riferisce, in particolare: *i*) all'intervento volontario del controinteressato pretermesso - parte necessaria del processo non evocata in giudizio -; *ii*) all'intervento volontario della parte eventuale del processo - *ad adiuvandum* o *ad opponendum* -; *iii*) all'intervento per ordine del Giudice, anche su istanza di parte).

In particolare (e come già rilevato con la richiamata sentenza n. 23 del 2016), non sembra che possa essere sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale.

Osta infatti in modo radicale a tale riconoscimento l'obiettivo diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.

Con la sentenza da ultimo citata (che può essere qui richiamata *de extenso* per la piena identità che caratterizza le due vicende sotto il profilo qui in esame) si è chiarito che "*laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.*

Non a caso, del resto, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento ad adiuvandum o ad opponendum può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (sul punto -ex multis -: Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 853; id., V, 2 agosto 2011, n. 4557).

Si tratta, come è del tutto evidente, di un presupposto che non ricorre nel caso in esame, pacifica essendo in tale ipotesi la piena indipendenza (rectius: la radicale indifferenza) fra la posizione della società che richiede l'intervento e l'appellante principale

(...) Si osserva poi che risulterebbe sistematicamente incongruo ammettere l'intervento

volontario in ipotesi quale quella che qui ricorre in quanto si demanderebbe in tal modo a un Giudice diverso da quello naturale (art. 25, I, Cost.) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale (si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il Giudice ad quem sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio a quo)".

3. E' quindi possibile esaminare il merito della questione devoluta a questa Adunanza plenaria

Giova premettere alcune puntualizzazioni in fatto e alcune in diritto.

3.1. In punto di fatto va qui premesso

- che la gara all'origine dei fatti di causa è stata indetta da ANAS s.p.a. quale soggetto attuatore di protezione civile per la realizzazione degli interventi di ripristino e messa in sicurezza della viabilità delle infrastrutture stradali di propria competenza (e di competenza di altri soggetti pubblici) a seguito degli eventi sismici che hanno colpito il territorio delle Regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo a partire dal 24 agosto 2016;

- che la gara in questione aveva ad oggetto la realizzazione di lavori urgenti di ripristino sulla S.S. 685 ('Tre Valli Umbre') delle reti a contatto, di perlustrazione dei versanti e disaggio ed installazione di barriere paramassi;

- che la gara si è svolta attraverso una procedura aperta accelerata ai sensi del comma 3 dell'articolo 60 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (recante il '*Codice dei contratti pubblici*'), con il criterio del massimo ribasso;

- che la *lex specialis* prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi del comma 8 dell'articolo 97 del richiamato decreto legislativo n. 50 del 2016 (tale previsione era possibile trattandosi di affidamento sotto la soglia di rilevanza comunitaria);

- che, ai sensi del comma 2 dell'articolo 97 del '*Codice dei contratti pubblici*' e al fine di rendere non predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento della soglia di anomalia, la stazione appaltante procedeva a sorteggiare uno dei criteri di cui al medesimo comma 2. Veniva quindi sorteggiato il criterio di cui alla lettera b) (sul punto, v. *infra*);

- che, ritenendo di applicare nel modo più corretto la richiamata previsione legislativa, la stazione appaltante procedeva: *i*) ad ordinare le offerte ammesse ponendole in ordine crescente di ribasso offerto; *ii*) ad escludere (*rectius*: ad accantonare) il venti per cento delle offerte caratterizzate – rispettivamente – dal maggiore e dal minore ribasso (c.d. 'taglio delle ali'); *iii*) a calcolare la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse residue dopo il 'taglio delle ali'; *iv*) a calcolare la somma dei ribassi di tutti i concorrenti ammessi; *v*) a lasciare invariata la media *sub iii* in quanto la somma dei ribassi *sub iv* presentava la prima cifra dopo la virgola dispari; *vi*) a fissare, quindi, la soglia di anomalia nella percentuale già individuata

sub iii); vi) ad escludere i via automatica dalla procedura tutti i concorrenti (fra cui l'appellante) che presentassero un ribasso percentuale superiore alla soglia di anomalia; vii) ad aggiudicare la gara all'A.T.I. Preve/Ciabocco, che aveva proposto in gara la prima delle offerte non anomale

3.2. In punto di diritto va qui osservato che, a seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (recante *'Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50'*), il comma 2 dell'articolo 97 del Codice (articolo rubricato *'Offerte anormalmente basse'*) stabilisce che: *"Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: (...)*

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra".

Il c.d. 'decreto correttivo' del 2017 ha apportato una duplice modifica alle disposizioni che qui vengono in rilievo:

- in primo luogo, ha chiarito che la determinazione della soglia di anomalia secondo le previsioni in parola e le conseguenti operazioni di sorteggio sono operate dal RUP ovvero dalla commissione giudicatrice;
- in secondo luogo, ha chiarito che il c.d. 'taglio delle ali' finalizzato alla determinazione della media da assumere quale base di calcolo per la fissazione della soglia di anomalia debba interessare il venti per cento delle offerte ammesse – rispettivamente - con il maggiore e il minore ribasso, con arrotondamento all'unità superiore (nella precedente formulazione veniva semplicemente sancita una *"esclusione del 10%"*, senza ulteriori indicazioni).

Sempre dal punto di vista normativo va qui chiarito che il criterio di determinazione della soglia di anomalia di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b) del nuovo *'Codice dei contratti'*, pur presentando alcuni punti di contatto con il pregresso criterio determinativo di cui al comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n 163, presenta altresì caratteri di indubbia novità, sì da rendere non utilizzabili (almeno, non in modo integrale) le acquisizioni conseguite nella vigenza di tale decreto legislativo.

Come è noto, infatti, il comma 1 dell'articolo 86, cit. stabiliva che, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, la verifica di anomalia avrebbe riguardato le offerte che presentassero *"un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte*

le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media".

Pertanto, per ciò che riguarda la determinazione della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le principali novità che qui mette conto di segnalare rispetto all'attuale comma 2 dell'articolo 97 sono in particolare due.

In primo luogo si segnala che, mentre nel 'Codice' del 2006 la determinazione della soglia di anomalia veniva affidata a un criterio matematico sostanzialmente univoco (sia pure temperato dal c.d. 'taglio delle ali' e dal meccanismo dell'incremento dello scarto medio aritmetico); al contrario il 'Codice' del 2016 ha affidato il compito di rendere non predeterminabile la richiamata soglia al meccanismo del sorteggio fra i diversi possibili metodi di computo di cui all'articolo 97.

In secondo luogo si segnala che, mentre nel 'Codice' del 2006 era palese che le uniche offerte da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica (e quindi, della soglia di anomalia) fossero quelle 'ammesse', ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'; al contrario il nuovo 'Codice' non fornisce immediata chiarezza circa le offerte da prendere in considerazione ai fini delle operazioni di computo di cui al più volte richiamato articolo 97, comma 2, lettera b).

Ed infatti:

- mentre (ai fini della fissazione della prima media aritmetica dei ribassi) è del tutto chiaro che essa debba essere determinata prendendo in considerazione le sole offerte ammesse a seguito del 'taglio delle ali';

- al contrario, non è del tutto chiaro se (ai fini dell'applicazione del c.d. 'fattore di correzione' di cui al comma 2, lettera b) la locuzione "*somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi*" debba essere riferita a tutti i concorrenti ammessi in gara, ovvero ai soli concorrenti residuati all'esito del 'taglio delle ali' di cui alla medesima lettera b).

4. La questione interpretativa appena richiamata risulta rilevante ai fini della definizione della presente controversia in quanto (almeno nella prospettazione dell'appellante)

- laddove si opti (come ha fatto l'appellata ANAS) per l'interpretazione secondo cui la locuzione "*somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi*" include i soli concorrenti che residuano al 'taglio delle ali', allora la soglia di anomalia resterebbe fissata nella misura del 29,310 per cento (con la conseguenza di determinare l'esclusione automatica dell'appellante, il cui ribasso percentuale offerto era del 29,497 per cento);

- laddove invece si opti (come auspicato dall'appellante, con opzione di fatto condivisa dall'ordinanza di rimessione – sul punto, v. *infra* -) per l'interpretazione secondo cui la richiamata locuzione farebbe riferimento, per la determinazione del fattore di correzione, a tutti i concorrenti ammessi (*i.e.*: anche a quelli interessati dal 'taglio delle ali'), allora la soglia di

anomalia resterebbe fissata nella misura del 29,606 per cento (con la conseguenza che la gara dovrebbe essere aggiudicata alla stessa appellante, la quale avrebbe formulato la prima delle offerte non anomale).

L'ANAS ha peraltro obiettato che l'appellante avrebbe tenuto sul punto un contegno ondivago, affermando in un primo momento che l'adesione alla tesi invocata dalla stessa appellante avrebbe portato a una soglia di anomalia del 29,393 per cento e, in un secondo momento, che l'adesione a tale tesi avrebbe portato a una soglia di anomalia del 29,606 per cento.

Si tratta di un aspetto che potrà essere valutato in sede di decisione di merito e che non impedisce di affrontare la questione di diritto demandata a questa Adunanza plenaria nei suoi termini generali.

5. Ora, come puntualmente riferito nell'ambito dell'ordinanza di rimessione, la previsione di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b) del 'Codice' ha dato luogo ad interpretazioni contrastanti.

5.1. Secondo un primo orientamento (condiviso dal Collegio remittente) le due parti di cui si compone la disposizione in esame dovrebbero essere interpretate ed applicate secondo un criterio di carattere – per così dire – 'dissociativo'.

In base a tale opzione interpretativa, il Legislatore avrebbe consapevolmente tenuto distinte: i) (da un lato) la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata previo il 'taglio delle ali') e ii) dall'altro, la platea dei concorrenti da prendere in considerazione al fine della determinazione del c.d. 'fattore di correzione' (platea che andrebbe identificata con l'intero novero dei concorrenti ammessi, senza 'taglio delle ali').

L'opzione interpretativa in questione è stata di fatto condivisa dall'ANAS (che vi si è conformata al fine di determinare la soglia di anomalia), dal primo Giudice e dallo stesso Collegio remittente.

Fra i principali argomenti a sostegno di tale tesi (peraltro, puntualmente indicati dall'ordinanza di rimessione), si richiamano qui:

- l'argomento (di carattere testuale) secondo cui se il Legislatore avesse inteso escludere le offerte che residuano dopo il taglio delle ali, oltre che nel calcolo della media, anche ai fini della determinazione del 'fattore di correzione', avrebbe dovuto stabilirlo in maniera espressa, senza far ricorso alla generica locuzione "*ribassi offerti dai concorrenti ammessi*";
- l'argomento (di carattere sostanziale) secondo cui le offerte 'tagliate' ai fini della media matematica di cui alla prima parte della disposizione sono e restano offerte 'ammesse' ai fini del 'fattore di correzione' di cui alla seconda parte della medesima disposizione;
- l'argomento (di carattere logico) secondo cui, siccome l'articolo 97, comma 2, lettera b)

richiede di effettuare due operazioni ontologicamente distinte (una media nella prima parte della disposizione e una sommatoria nella seconda parte di essa), del tutto coerentemente i termini da tenere in considerazione ai fini di tali distinte operazioni dovrebbero restare anch'essi distinti fra loro;

- l'argomento (di carattere sistematico) secondo cui se la ratio della disposizione nel suo complesso è quella di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia, allora il richiamato criterio 'dissociativo' risulterebbe quello più coerente con la *ratio legis*, rendendo ancora più difficilmente predeterminabile la soglia di anomalia.

5.2. In base a un secondo orientamento (non condiviso dal Collegio remittente) la disposizione in esame dovrebbe invece essere intesa secondo un criterio di carattere – per così dire – 'associativo'.

Secondo tale opzione la locuzione 'offerte ammesse' (al netto del 'taglio delle ali') di cui alla prima parte del comma 2, lettera b) e la locuzione 'concorrenti ammessi' di cui alla seconda parte della disposizione farebbero riferimento a platee omogenee (ambidue da individuare previo il 'taglio delle ali').

6. L'Adunanza plenaria ritiene che prevalenti ragioni inducano a propendere per la seconda delle richiamate opzioni.

6.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che l'opzione in questione risulta ad oggi del tutto prevalente nella giurisprudenza di appello e che gli assunti logici e sistematici su cui si fondano i precedenti giurisprudenziali specifici risultano del tutto persuasivi.

In particolare, le sentenze della Quinta Sezione di questo Consiglio 23 gennaio 2018, n. 435 e 17 maggio 2018, n. 2959 hanno aderito alla soluzione secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'articolo 97, comma 2, lettera b) del 'Codice dei contratti pubblici', l'esclusione (*rectius*: accantonamento) delle offerte interessate dal taglio delle ali operi sia in relazione al calcolo della media aritmetica dei ribassi, sia in relazione alla somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi.

In particolare, la seconda delle richiamate decisioni ha condivisibilmente affermato (richiamando peraltro Cons. Stato, VI, 17 ottobre 2017, n. 4803) che elementi di carattere teleologico e sistematico militino nel senso di "[ritenere] corretta l'interpretazione secondo cui la previa esclusione (c. d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media".

Nell'occasione si è sottolineato che non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte.

In modo parimenti condivisibile si è escluso che il Legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all'opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali,

seppur già esclusi.

Si è inoltre osservato che ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del ‘taglio delle ali’ è tale da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico ed aritmetico della determinazione della soglia di anomalia. Ne consegue che un metodo di calcolo il quale prendesse in considerazione tale presunzione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio (in tal senso: Cons. Stato, VI, 4803 del 2017)

Un tale effetto – come già stabilito con il precedente da ultimo richiamato – si rivelerebbe irragionevolmente contraddittorio, *“poiché farebbe perno su due giudizi di valore giuridico tra loro antitetici e incompatibili e, dunque, comprometterebbe la stessa ragion d’essere del primo accantonamento, peraltro indubitabilmente voluta dalla legge”*.

6.2. Si osserva poi che l’opposta soluzione (dinanzi compendiata nella formula del ‘criterio dissociativo’) non risulta suffragata – e contrariamente a quanto affermato nell’ordinanza di rimessione - da elementi testuali di portata dirimente.

Se infatti il Legislatore, nell’ambito della medesima disposizione, ha dapprima utilizzato la locuzione *“offerte ammesse”* (abbinata al meccanismo del ‘taglio delle ali’) e poco oltre ha fatto riferimento ai *“concorrenti ammessi”*, non se ne inferisce in via necessaria che la seconda di tali locuzioni risulti incompatibile con il riferimento al meccanismo del taglio delle ali.

Al contrario, elementi di carattere testuale sembrano deporre nell’opposto senso per cui l’omogeneo riferimento ad offerte e concorrenti *“ammessi”* stia a significare che in entrambi i casi il sintagma si riferisca a una platea parimenti omogenea (determinata all’esito del ‘taglio delle ali’).

6.3. Non risulta poi risolutivo al fine di suffragare la tesi opposta a quella qui indicata l’argomento secondo cui le offerte ‘tagliate’ ai fini della media matematica di cui alla prima parte dell’articolo 97, comma 2, lettera b) sono e restano offerte ‘ammesse’ ai fini del ‘fattore di correzione’ di cui alla seconda parte della medesima disposizione.

Ed infatti, la circostanza secondo cui la disposizione fa riferimento in ambo i casi ad offerte ‘ammesse’ non esclude (ma anzi, rafforza) l’esigenza di coerenza interna volta ad assicurare che in entrambi i casi si faccia riferimento a una platea di carattere omogeneo.

6.4. Per ragioni del tutto analoghe, il fatto che le due parti della disposizione facciano riferimento ad operazioni distinte (la determinazione di una media nel primo caso e di una sommatoria nel secondo) non indebolisce in alcun modo – ma semmai rafforza - l’esigenza per cui i termini di computo siano assunti in modo omogeneo per ciascuna delle due operazioni

6.5. Non appare inoltre risolutivo l’argomento secondo cui il criterio di carattere ‘dissociativo’

andrebbe preferito atteso che la *ratio* della disposizione nel suo complesso è quella di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia.

Si osserva in senso contrario che l'argomento in parola poteva risultare persuasivo nella vigenza di un quadro normativo (quale quello di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006) il quale contemplava un'unica modalità per determinare le offerte anomale nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso (ci si riferisce al criterio di cui all'articolo 86, comma 1 di quel 'Codice'). Solo nella vigenza di tale *corpus* normativo infatti (e a fronte di dubbi interpretativi) poteva risultare effettivamente persuasiva l'adesione al criterio che impedisse in massimo grado la predeterminazione delle medie di gara da parte dei concorrenti, anche ricorrendo a basi di computo fra loro disomogenee.

Si osserva tuttavia che, nel diverso sistema introdotto dal nuovo 'Codice dei contratti pubblici', le richiamate esigenze risultano adeguatamente soddisfatte attraverso la scelta di demandare al sorteggio l'individuazione del criterio determinativo della soglia di anomalia.

Non risulta quindi necessario, ai fini di cui sopra, il ricorso ad ulteriori meccanismi volti ad introdurre elementi di disomogeneità fra le basi di computo. Il ricorso a siffatti meccanismi introdurrebbe infatti elementi di disomogeneità nell'applicazione di una disposizione sotto ogni altro aspetto coerente, senza che ciò risulti funzionale all'obiettivo di rendere non predeterminabili le medie di gara (obiettivo il cui perseguimento è invece affidato al meccanismo del sorteggio).

6.6. Si osserva infine che anche l'ANAC (sia pure con atti di portata non vincolante) ha aderito all'opzione interpretativa di cui sopra.

In particolare, le Linee Guida n. 4 (recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*", nel testo aggiornato con la delibera n. 206 del 1° marzo 2018), al punto 5.2.6, *sub k*) hanno stabilito che "*nel caso di sorteggio del metodo di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita della norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi*".

Si tratta, in definitiva, di un approccio del tutto coincidente con quello condiviso dall'orientamento giurisprudenziale ad oggi prevalente.

7. In conclusione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto: "*l'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ('Codice dei contratti pubblici') si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. "taglio delle ali") da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti.*

Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. "taglio delle ali".

8. Ai sensi del comma 4 dell'articolo 99 del cod. proc. amm. l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

Il Collegio ritiene che nel caso in esame sussistano i presupposti perché, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto di cui al precedente punto 7, la questione sia rimessa alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, la quale ne valuterà le concrete ricadute ai fini del decidere.

Per il resto il giudizio deve essere restituito alla Sezione rimettente che dovrà statuire anche in ordine alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto

dichiara inammissibile l'intervento in giudizio del raggruppamento De Grecis Cos.E.Ma. Verde s.r.l. con il Consorzio Stabile Athanor s.c.a.r.l.;

enuncia il principio di cui al precedente punto 7;

rimette per il resto la definizione del giudizio alla Sezione remittente.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.